





ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)

المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة

١٠- ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ ، الموافق ٢٤- ٢٥ مايو ٢٠١٠م

بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،

والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

أحكام ضمان الصكوك وعوائدها

إعداد

الدكتور محمد علي القري

جامعة الملك عبدالعزيز - جدة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمـد لله وحـــده والصـــلاة والســـلام على ســيدنا محمــد وعلى آله وصحـــبه وسلم... أما بعد:

١- المسألة محل النظر:

تعد الصكوك أهم منتج للمصرفية الإسلامية بقياس الحجم، وهو المنتج الذي حقق حضوراً غير مسبوق للمصرفية الإسلامية في أسواق المال الدولية، وقد بلغت إصدارات الصكوك على مستوى العالم عشرات البلايين من الدولارات لم تقتصر على الدول أو الشركات الإسلامية وإنما أصدرت الصكوك جهات غربية وشرقية أخرى، والصكوك في طريقها إلى أن تكون بحجم يزيد على كل معاملات المصرفية الإسلامية.

وقد أثارت الصكوك منذ ظهورها في عقد التسعينيات من القرن الميلادي المنصرم الكثير من الاختلاف في وجهات النظر من جهة المشروعية، ولكن ليس في مكونات هيكل إصدار الصكوك، جزء يثير الاختلاف مثل مسألة ما يشار إليه بالضمان. والمقصود بالضمان هنا الترتيبات التي يتخذها المصدر ضمن هيكل الإصدار والتي تؤدي إلى أن يصبح استرداد حملة الصكوك لرأسمالهم في تاريخ إطفاء الصكوك (أو عند وقوع حدث معرف في وثيقة الإصدار) أمراً متدني المخاطرة حتى يمكن وصفه بأن فيه ضمان لرأس المال، وان كان لا يسمى كذلك في العقود والاتفاقيات المتعلقة بالإصدار.

والمعتاد أن يتحقق ذلك عن طريق تعهد المصدر بشراء أصول تلك الصكوك بنفس ثمن البيع الأول أو قريباً منه بناء على وعد ملزم منه بالشراء يصدر عند إصدار الصكوك. يترتب على ما ذكر ان تتحول العلاقة بين مصدر الصكوك وحاملها في مرحلة لاحقة، (بسبب التزام المصدر بالشراء بالقيمة الاسمية)، إلى علاقة مداينة، ولا تعود الصكوك ممثلة لأصول حقيقية كما بدأت وإنما تمثل ديناً نقدياً في ذمة المصدر. تداول الصكوك يتوقف عند هذه المرحلة (لأن تداولها يكون عندئذٍ من بيع الدين الممنوع).

هذا الوعد بالشراء يمثل جزءاً أساسياً في هيكل الصكوك لكن البعض قد استشكل هذا الوعد فقال: ان الوعد المذكور يترتب عليه ضمان المصدر لرأس مال الصكوك ويجعلها واقعة في شبهة بيع الدين إلى غير من هو عليه بالحسم منذ اليوم الأول الذي يصدر فيه الوعد.

والذي نسعى إلى بيانه في هذه الورقة هو ان ما استشكلوا ليس بمشكل بل له نظائر في الفقه الموروث كما سنرى وآثار من الصحابة تدل على صحته.

٢- مبعث الحاجة إلى إصدار الصكوك:

تصدر الصكوك من قبل الشركات المساهمة ومن قبل الحكومات ولكل جهة مبعث لحاجتها إلى إصدار الصكوك.

أكبر مصدر للصكوك في الوقت الحاضر هو الشركات المساهمة، ولا بد لنا من فهم هيكل رأس مال الشركة المساهمة العامة لندرك ان إصدار الصكوك هو جزء مهم من طريقة عمل هذه الشركات لا تكتمل جدواها الاقتصادية إلا به. الشركة المساهمة ذات الأسهم المتداولة هي الصيغة الأساسية لمؤسسات القطاع الخاص في الاقتصاديات المعاصرة وهي أقوى صيغ الشركة في تعبئة أموال عظيمه توجه إلى استثمارات طويلة أجل في مشاريع صناعية وعقارية وزراعية وطرق واتصالات ...إلخ. وفي نفس الوقت تتحقق السيولة للمستثمرين الذين لا يرغبون في ربط أموالهم لسنين ذوات عدد حتى تؤتي هذه المشاريع ثمارها وذلك عن طريق تداول الأسهم في أسواق منظمة. ومعلوم ان العالم قد اتجه منذ عدة عقود على إعطاء الأولوية والصدارة للفعاليات الاقتصادية التي يحركها عنصر الربح والمملوكة بصفة أساسية للقطاع الخاص.

لقد قامت فكرة الشركة المساهمة العامة على هيكل رأسمالي يمزج الموارد المالية التي يقدمها حملة أسهم الشركة على صفة أسهم في وقت الاكتتاب وزيادة رأس المال، والمصدر الثاني ويمثل جزءاً أساسياً من الفكرة الأساسية الذي قام عليه نموذج الشركة المساهمة وهو الديون. وهذه الديون لها مصدران أساسيان الأول هو القروض المصرفية، والثاني القروض من الجمهور[١].

وفي الأسواق الإسلامية، لم تجد الشركات إشكالا في إصدار (المصدر الأول لرأس المال) إذ ان النظر الفقهي قد انتهى منذ أكثر من نصف قرن إلى ان إصدار وشراء وتداول الأسهم جائز لا حرج فيه[٢].

وقد كانت التمويلات المصرفية (المصدر الثاني) تمثل إشكالا كبيراً نظراً إلى أنها لا تتوافر إلا بصيغة القرض بفائدة وهو ممنوع. ثم قوي عود البنوك الإسلامية وتوسع نشاطها حتى صار بمقدورها توفير التمويل للشركات بطرق وعقود مشروعة. ولكن تبقى الحاجة إلى إصدار السندات قائمة (الاقتراض من الجمهور وهو المصدر الثاني) كانت الصيغة الوحيدة المتوفرة هي إصدار سندات الدين بالفائدة ومعلوم ان الاقتراض بالفائدة من الربا المحرم.

ورب قائل: لماذا تنزع الشركات إلى الاقتراض من الأسواق بإصدار السندات أليس بإمكانها كلما احتاجت إلى التمويل ان تصدر مزيداً من الأسهم؟ والجواب عن ذلك:

---

1 - بين الديون المتمثلة في السندات وحقوق الملكية المتمثلة في الأسهم توجد أسهم التميز وما يسمى تمويل الميزانين ولكن التفصيل في هذه المسائل خارج نطاق هذه الورقة.

2 - فتوى الشيخ محمد بن إبراهيم.

أ- ان إصدار الأسهم يضر بمصالح ملاك الشركة الحاليين إذ ان ذلك يؤدي إلى انخفاض سعر السهم في السوق. فالشركة المساهمة التي سبق ان أصدرت ألف سهم تتداول في الأسواق بسعر ٥٠ ريالاً للسهم الواحد إذا أصدرت ألف سهم أخرى فإن سعر السهم في السوق ينخفض فيتضرر الملاك الحاليين بانخفاض قيمة أسهم. أضف إلى ذلك دخول المساهمين الجدد في الحملة العامة ومجلس الإدارة .

ب- والأمر الثاني الذي يغري بالاقتراض هو ان الاقتراض أقل كلفة من إصدار الأسهم، لأن السند تدفع عليه الشركة فائدة بينما يشارك حامل السهم في أرباح الشركة، فالشركة التي تحصل على ١٠٠ ريال عن طريق إصدار سندات الدين فتدفع عليها ٥٪ أي ٥ ريالات، لو أنها أصدرت أسهماً فإن الأسهم المباعة بـ ١٠٠ ريال سيحصل حملتها على أكثر من ٥ ريالات إذ ان الربح في الأحوال الطبيعية أعلى من الفائدة.

ج- ثم ان للسندات مدة محدودة تطفأ بعدها وليس كذلك الأسهم.

د- وفي أحيان لا تجد الشركة بدّاً من إصدار السندات عند حاجتها إلى التمويل لأنها لا تستطيع الحصول إلى التمويل المصرفي إلا بكلفة عالية ولا تستطيع إصدار الأسهم لأنها لو أصدرت أسهماً لن تجد من يشتريها بينما تجد من يستعد لشراء سنداتها لأن جدوى الاستثمار في الأسهم تعتمد على قدرة الشركة على توليد الأرباح في المستقبل أما جدوى السندات فتعتمد على قدرة الشركة على تسديد ديونها.

هـ- ولا يقل أهمية ان شريحة من المستثمرين تقبل على شراء السندات وترغب عن الأسهم لأسباب تتعلق بطبيعة نشاطها مثل شركات التأمين وصناديق التقاعد والمستثمرون الذين لا يحبون ركوب المخاطر وتريد عائداً ثابتاً.

نخلص مما سبق ان المنطق الذي اعتمد عليه عمل الشركات المساهمة العامة هو مزج الأموال من مصدرين أساسين الأول هو حصة ملاك الشركة والتي تمثلها حصيلة بيع الأسهم والثاني هو الديون. وبخاصة التي تمثلها حصيلة بيع السندات.

أما الحكومات فهي تحتاج إلى إصدار أوراق مالية شبيهة بالسندات لأغراض أحدها توفير الأموال للمشاريع البنية التحتية التي تكون في غالب الأحيان مولده للدخل وصالحة أن تكون محلاً لإصدار الصكوك، وربما تحتاج الحكومة الصكوك لإدارة وتنفيذ سياستها المالية والنقدية.

٣- الصكوك الإسلامية:

من الواضح بعد هذه المقدمة ان هناك حاجة لوجود بديل مشروع لسندات الدين يمكن للشركات ان تتمول من خلاله ويتحقق لها عندئذٍ الهيكل الأساس للشركة

المساهمة الذي يحقق الجدوى الاقتصادية المنشودة، ولكن لا سبيل إلى ذلك والحال ان السندات هي ديون تتداول بالبيع في أسواق المال.

هذه هي المعضلة، إذ لا سبيل إلى تداول الأوراق المالية بصفة مشروعة وهي ديون ومن الجهة الأخرى لا يفيد ان تصدر الشركة أوراقاً مالية هي في حقيقتها أسهماً. بمعنى آخر كيف يمكن إصدار أوراق تمثل في حقيقتها ملكية أصل مدر لعائد أو مشاركة في مشروع ولكنها تبدو في الأسواق كما لو كانت ديون لا تختلف في خصائصها المالية عن السندات.

إذا وصفت الصكوك بأنها أوراق مالية تمثل ملكية حملتها لأصل أو حق أو منافع، كان ذلك وصفاً صحيحاً وإذا وصفت بأنها ديون فهذا أيضاً وصف غير مغلوط، كما سيأتي تفصيله.

والسبب ن الصكوك تجمع الوصفين فهي تبدأ أوراقاً مالية تمثل ملكية أصل أو حق أو منفعة أو حصة في شركة وتنتهي بأن تصبح ديوناً.

من الجلي ان الشركة المصدرة للصكوك لا يتحقق غرضها لو أصدرت عند حاجتها إلى المال مزيداً من الأسهم، ولا يتحقق لو إنها أصدرت صكوكاً هي في حقيقتها مثل الأسهم تحمل نفس مخاطر الاستثمار وتشارك في الربح من العمليات التشغيلية. وإنما هي تريد أوراقاً مالية توافق هيكل عمل الشركة المساهمة أي ان تكون بديلاً عن أوراق الدين (السندات). وكذا المستثمرون لو كانت رغبتهم هي في الحصول على ما يشبه الأسهم لكان أولى بهم وأيسر عليهم شراء أسهم الشركة من الأسواق ولا حاجة لشراء الصكوك، وإنما هم يريدون أوراقاً مالية ذات طبيعة مختلفة فجاءت الصكوك لتحقق الغرضين.

٤- ماهية الصكوك الإسلامية:

يمكن تعريف الصكوك الإسلامية بأنها أوراق مالية تمثل ملكية أصل منتج لعائد أو تمثل حصة من المشاركة في نشاط تجاري وفي هذا الجزء هي تشبه الأسهم. ولكنها تتسم بأنها ذات عائد ثابت ومخاطرة متدنية وأجل قصير وهذا يجعلها مختلفة عن الأسهم. وتتحقق هذه المخاطر المتدنية بان تنقلب الصكوك في مرحلة معينة في نهاية حياتها إلى دين مضمون على المصدر.

٥- تفنيد قول القائل ان الصكوك ديون لا تختلف عن السندات:

يدعي بعض الناس ان الصكوك ما هي إلا أوراق مالية تمثل ديناً نقدياً ثابتاً في ذمة المصدر والشبهة التي يعتمدون عليها في إطلاق هذا الحكم هي الوعد بالشراء الصادر من

مصدر الصكوك يتعهد فيه بشراء الأصول التي تمثلها الصكوك بثمن يساوي ما دفعه حملة الصكوك لشرائها.

٦- الضمان في هيكل إصدار الصكوك:

الضمان والكفالة الالتزام بالشيء، وفي الاصطلاح "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"، والضمان والكفالة قد يستعملان بمعنى واحد وقد يستعمل الضمان للدين والكفالة للنفس.

وقد تستخدم كلمة الضمان بمعنى آخر هو التزام التعويض عن الخسارة في حال وقوعها في رأس المال، ومن ذلك قولهم لا يجوز تضمين المضارب رأس مال المضاربة إلا في حال التعدي والتفريط يعني لا يجوز إلزامه بالتعويض عن الخسارة لضمان سلامة رأس المال. إذا تضمنت المضاربة شرط الضمان المذكور ترتب ان يقبض المضارب مبلغاً هو رأس المال ولكنه مضمون عليه فأضحى حكمه حكم القرض فكان في الزيادة عليه (أي الربح) شبهة الربا. وصدور مثل هذا الضمان ليس ممنوعاً في حال المرابحة لأن الثمن المؤجل دين في ذمة المشتري ومضمون عليه وكذلك الحال في عقد الإجارة. لذلك فإن صدور مثل ذلك الضمان من مصدر الصكوك ليس ممنوعاً بحد ذاته إذ يمكن للمستأجر أن يقدم الضمان والرهون للمؤجر لتوثيق مستحقاته من الأجرة وكذا المشتري مرابحة غير ان ذلك يؤثر على صلاحية الصكوك للتداول ذلك ان مثل هذا الضمان يجعل الإيراد الذي يحصل عليه حملة الصكوك ديناً مستحقاً في ذمة المصدر وليس إيراداً يولده الأصل، تمثل الصكوك ملكية حملتها له.

أما في صكوك المضاربة والمشاركة فالأصل ان المضارب أو الشريك المدير لا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط أو مخالفة الشروط فهل يجوز ان يشترط حملة الصكوك عليه أن يكون ضامناً لرأسمالهم على كل حال فلا يقتصر ضمانه على حالات التعدي والتفريط ومخالفة الشروط؟

جماهير فقهاء الإسلام على عدم جواز مثل هذا الشرط وقد صدر بهذا المعنى قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٥) على عدم جواز اشتراط ضمان رأس المال على عامل المضاربة فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

لكن المسألة تبقى اجتهادية إذ لم يرد نص من كتاب الله أو سنة نبيه عليه الصلاة والسلام بمنع هذا الضمان. وللدكتور نزيه كمال حماد بحث بعنوان "ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية"، وآخر بعنوان "تضمين يد الأمانة بالشرط" سرد فيه نقولاً كثيرة تدل على إن المسألة خلافية، وقد ذكر وفقه الله إن جواز اشتراط الضمان على المضارب رأي عند المالكية ورواية عن أحمد وانه اختيار شيخ الإسلام ابن تيميه ونقل عن

الشوكاني رحمه الله قوله عن المضارب ونحوه من الأمناء "ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط وإذا ضَمِنُوا ضُمِّنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"[1].

٧- الوعد الملزم بالشراء واختلافه عن الضمان:

قد يخلط البعض بين الوعد الذي يصدر عن مصدر الصكوك والذي يتعهد فيه بشراء الصكوك أو الأصول التي تمثلها الصكوك يخلطون بينه وبين الضمان بالصفة التي تحدثنا عنها قبل قليل وهما مختلفان. وهذا الوعد جزء مهم في هيكل إصدار الصكوك:

(١) في صكوك الإجارة يعد المصدر والذي يصبح بعد بيعه الأصول على حملة الصكوك مستأجراً لها، يعد حملة الصكوك بأن يشتري منهم تلك الأصول في نهاية عقد الإجارة أو في حال وقوع أحداث معينة بشراء تلك الأصول منهم بثمن محدد مسبقاً ومتفق على تحديده ويساوي في غالب الأحوال رأس مال الصكوك أي ثمن شرائها من المصدر.

(٢) وكذلك الحال في الصكوك التي يكون محلها الحقوق (الامتياز). مثال ذلك صكوك شركة سابك السعودية إذ باعت على حملة الصكوك امتياز تسويق وتوزيع شركات تنتج البتروكيماويات لمدة عشرين سنة ووعدتهم بشرائه منهم بعد خمس سنوات إذا رغب أغلبيتهم بذلك. بثمن قدره ٩٠٪ من ثمن شرائهم ذلك الامتياز.

(٣) أما الصكوك الصادرة على أساس عقد المضاربة بحيث يكون مصدر الصكوك مضارباً وحملة الصكوك أرباب مال في عقد مضاربة فإن الوعد بالشراء يكون واقعاً على أصول المضاربة أو ما بقي منها في نهاية العقد أو عند وقوع أحداث معينة.

(٤) وكذلك الحال في الصكوك التي يكون محلها وعاء يتكون من أصول مؤجرة وديون (مع غلبة الأصول فيها).

٨- الحاجة إلى الوعد بالشراء:

لما ذكرنا أن الصكوك لا تكون بديلاً كفياً للسندات إلا إذا كانت تقاربها في معدل الخطر، لأن المستثمر في الصكوك حريص ان يتحمل فيها مخاطر موافقة للعائد عليها فلا يقبل ان يتحمل مخاطر مماثلة لمخاطر الأسهم والحال انه لن يحصل إلا على عائد ثابت قليل بينما حملة الأسهم يحصلون على الربح من ارتفاع قيمة الأسهم في السوق ومن الريع الذي توزعه الشركة وهو أعلى من عائد الصكوك.

ولذلك تصدر الصكوك وقد تضمنت وثائقها شرطاً يترتب عليه ان يبيع حملة الصكوك الأصول التي هي محل الصكوك إلى الشركة المصدرة ويكون في غالب

1 - الشوكاني، السيل الجرار ج٣ ص٢١٧.

الأحوال بنفس ثمن الشراء. ويعني هذا ان حملة الصكوك سوف يستردون رأسمالهم بعد مرور فترة من الزمن وذلك ببيع تلك الأصول إلى المصدر، فيصبح جل ما عليهم هو التأكد من الملاءة والمتانة المالية للشركة المصدرة لأن هذه الملاءة هي مصدر الاطمئنان لهم بان الثمن عندما تجري بيع الأصول عليها ستكون قادرة على سداده.

٩- الفرق بين الوعد بالشراء وضمان رأس المال:

الوعد مختلف عن الضمان، والوعد الملزم في المعاملات المالية صدر بإجازته قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم ٤٠- ٤١ (٥/٢، ٥/٣) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء ونص على:

"الوعد – وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد – يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر. وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد. وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

والوعد في هيكل إصدار الصكوك أما ان يكون:

- وعداً يصدره حملة الصكوك يتعهدون بموجبه ببيع الأصول التي هي محل الصكوك إلى المصدر بثمن متفق عليه بينهم ويساوي في غالب الأحوال ثمن الشراء الأصلي.
- أو يكون وعداً يصدره مصدر الصكوك يتعهد فيه بشراء الأصول التي سبق له بيعها إلى حملة الصكوك بثمن متفق عليه يساوي في الغالب ثمن البيع الأصلي.

وللوعد المذكور صور أخرى مثل أن يتعهد بشراء الصكوك ذاتها ونحو ذلك.

وللوعد المذكور تاريخ محدد يصادف غالباً نهاية مدة الصكوك وهي خمس سنوات في أكثر الأحوال، وعندما ينفذ الوعد ويقع الشراء يصبح حملة الصكوك دائنين للمصدر بمقدار الثمن لأن الثمن عندئذٍ دين متعلق بذمة المشتري وهو المصدر وهو دين حال غير مؤجل.

١٠- القاعدة في الشروط العقدية:

الفقهاء في مسألة الشروط في العقود بين مضيق وموسع، فالمضيقين تمسكوا بما يسمى مقتضى العقد فلا يجوز للعاقدين أن يشترط أحدهما على الآخر ما يخالف هذا المقتضى فإن فعلاً كان ذلك فاسداً، وجعلوا لكل عقد مقتضى استنبطوه باجتهادهم واستمدوه من قواعد الشريعة العامة التي تحرص على تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود، وهم يرون ان الأصل في العقود والشروط هو الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته.

أما الموسعون فإنهم يرون إن مقتضيات العقود هي ما يحدده العاقدان بإرادتهما وان الأصل في جميع الشروط الحل والإباحة إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ومستندهم في ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة) وقوله عليه الصلاة والسلام "المسلمون على شروطهم" قال ابن تيميه في الفتاوى: "وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط ناقضاً للشرع وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً"[(١)]، وقال رحمه الله: "الأصل في العقود والشروط الصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به"[(٢)].

وقال ابن القيم رحمه الله "فكل ما لم يبين الله ورسوله صلى الله عليه وسلم تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها فإن الله سبحانه وتعالى قد فصل لنا ما حرم علينا فما كان من هذه الأشياء حراماً فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً وكان انه لا يجوز إباحة ما حرمه الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا الله عنه ولم يحرمه"[(٣)].

بل انه رحمه الله جعل ذلك قاعدة من قواعد الشرع فقال: "إحداهما إن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً من كان والثانية إن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط فهو لازم بالشرط ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع"[(٤)].

بناء على هذا المذهب فإن كل شرط لم يثبت تحريمه أو النهي عنه فإنه يعتبر سائغاً شرعاً بناء على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج. ومنهج النظر في هذه الشروط مثل اشتراط البيع أو الشراء ونحو ذلك التي لم يرد نص بمنعها وتحريمها أن يقال هل تؤدي إلى غرر أو جهالة ثمن أو مبيع أو ربما أو أكل لأموال الناس بالباطل فإن كانت خلوا من كل ذلك كان منعها وتحريمها تضييقاً عن الخلق وتحريم بلا دليل وتفويت مصلحة لأن إقدام الناس عليه مظنة الحاجة إليه والأولى فيلزم عندئذٍ القول بإباحته وصحته رفقاً بالناس وتيسيراً عليهم.

1 - ابن تيميه، الفتاى، ج٢٩ ص١٢٨.
2 - ابن تيمية، الفتاوى، ج٢٩ ص١٣٢.
3 - ابن القيم، اعلام الموقعين، ج١ ص٣٨٣.
4 - ابن القيم، اعلام الموقعين، ج٣ ص٤٠٢.

١١- التزام المصدر بشراء الأصول من حملة الصكوك:

يتضمن هيكل إصدار الصكوك كما أسلفنا شراء المصدر من حملة الصكوك في نهاية المدة أو عند وقوع حدث معين. ويكون ذلك على صفة شرط يشترطه حملة الصكوك على المصدر.

هذا الشرط الذي يتضمن التزام المصدر للصكوك بالشراء بنفس ثمن بيعه الأصول غير جائز ومفسد للعقد عند المضيقين لدائرة الشروط في العقود أما عند الموسعين فهو جائز لا بأس به بناء على أن الأصل في الشروط والعقود الحل والإباحة وان هذا الشرط لا يترتب عليه رباً ولا غرراً وفيه مصلحة للعاقدين، ولهم مستند خاص بالنسبة لهذا الشرط بعينه وذلك من الآثار عن الصحابة رضوان الله في جواز ان يعد المشتري البائع قائلاً: ان بعتها فأنت أحق بها بثمن شرائها، فيلزم نفسه ببيعها إلى بائعها الأول وهذا قريب مما هو موجود في الصكوك لأن لسان حال حملة الصكوك يقول للمصدر ان بعنا فأنت أحق بالأصول بثمن شرائها، وهم راغبون في البيع في نهاية المدة بلا شك.

وإليك بعض النقول في المسألة:

عن ابن تيمية في الفتاوى قال عن أحمد بن حنبل: "سألت أبا عبدالله عن رجل اشترى من رجل جارية فقال له إذا أردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني فقال: لا بأس به"[١].

وروى أثراً عن ابن مسعود انه اشترى جارية من امرأته وشرط لها ان باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلم يمنعه من البيع وإنما قال لا ينكحها وفيها شرط.

قال ابن تيمية "والشرط الواحد في البيع جائز إلا ان عمر كره لابن مسعود ان يطأها .. وفيها شرط"[٢].

ونقل ابن تيميه رحمه الله قال الكرماني سألت أحمد عن رجل اشترى جارية وشرط لأهلها ان لا يبيع ولا يهب فكأنه رخص فيه ولكنهم ان اشترطوا له ان باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب إلى حديث عمر حين قال لعبدالله بن مسعود فقد نص في غير موضع على انه إذا أراد البائع بيعها لم يملك إلا ردها إلى البائع بالثمن الأول كالمقابلة" وأكثر المتأخرين من أصحابه على القول المبطل لهذا الشرط.

وقال صاحب المغني: "فصل وان شرط في المبيع إنما هو باعه فالبائع أحق بالثمن وأورد ما روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد قال: "البيع جائز لما روى ابن مسعود انه قال: ابتعت من

---

1 - ابن تيمية في الفتاوى ج٥ ص٣٨٤.

2 - ابن تيمية في الفتاوى ج٥ ص٣٨٤.

امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال: لا تقربها ولأحدٍ فيها شرط"، وأضاف صاحب المغني "ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد"[1].

ثم قال رحمه الله: ".. يعني انه فاسد لأنه شرط ان يبيعه إياه وشرط ان يبيعه بالثمن الأول فهما شرطان في بيع ولأنه ينافي مقتضي العقد ولكن نقل علي بن سعيد عنه جواز البيع والشرطين وأطلق بن عقيل وغيره صحة هذا الشرط ولزومه روايتين قال الشيخ تقي الدين عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط .."[2].

١/١١- اعتراضات ودفعها:

من الواضح ان جل الصكوك – وهي ما تضمن وعداً بالشراء – تنتهي إلى المداينة فاتجهت مكاتب التصنيف الائتماني إلى تصنيف الصكوك بحسب ما تئول إليه معتمدة على ان الخطر الأساس الذي يواجهه حملة الصكوك هو قدرة المصدر على دفع المبلغ المذكور والمدفوعات الدورية. الأمر الذي دفع البعض إلى القول: إن الصكوك ما هي إلا سندات دين مضمون رأسمالها على المصدر، لا يجوز تداولها لأن ذلك من بيع الدين الممنوع.

ونحن نريد ان نقول لإخواننا الذين يتهمون الصكوك بأنها ديون تبدأ ديوناً وتنتهي ديوناً بان ذلك غير سديد وان الصكوك قد تنتهي إلى أن تصبح ديناً في ذمة المصدر وان تنقلب العلاقة بين حملة الصكوك ومصدرها إلى علاقة مداينة ولكن ذلك كله لا يترتب عليه القول بأن الصكوك "ديون"، بل هو وان بدا أمراً جديداً مستحدثاً له نظائر في المعاقدات والصيغ التي تعامل بها المسلمون منذ القديم، يشهد لذلك:

(أ) ان الانقلاب إلى دين أمر وارد في عقد الشركة والمضاربة، فإذا حصل التنضيض والقسمة في المضاربة وجب ان يسلم المضارب لرب المال رأسماله أو ما سلم منه وحصته من الربح ان وجدت فإذا لم يفعل فهو ضامن وتنقلب العلاقة بين المضارب ورب المال إلى علاقة مداينة ويصبح المبلغ المستحق ديناً في ذمته.

(ب) وكذلك الحال عند التعدي والتفريط من قبل المضارب فإنه يضمن لرب المال رأسماله ويصبح ديناً في ذمته.

(ج) فإذا قيل كل ذلك ليس جزءاً من "ترتيب" وهيكل العقد وإنما هو أمر طارئ بينما الصكوك تبدأ بصفة ويعلم أطرافها انها ستنتهي إلى صفة أخرى لأن سبب هذا الانقلاب موجود فيها ابتداءً وهو الوعد الملزم بالشراء، يرد على ذلك:

1 - ابن قدامه، المغني ج٨ ص١٧٢.
2 - لابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج٤ ص١٠٣.

(١) روى مالك عن زيد ابن أسلم في قصة عبدالله وعبيدالله ابني عمر بن الخطاب حيث أسلفهما عامل عمر على العراق مالاً يخص بيت المال يتجران فيه ويؤديانه إلى عمر إذا بلغا المدينة فلما بلغا المدينة قال لهما عمر أديا المال وربحه والحال انه قرض مضمون عليهما فقال رجل من جلساء عمر . "يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فأخذ عمر المال ونصف ربحه وأخذ عبدالله وعبيدالله نصف ربح ذلك المال" فهذا العقد بدأ قرضاً ثم انقلب قراضاً بفعل الفاروق رضي الله عنه.

(٢) تحدث الفقهاء عن عدد من العقود تبدأ بصفة ثم تنقلب إلى صفة أخرى مغايرة للصفة الأولى وتلك طبيعتها التي يعلم أطرافها بها وهو انقلاب مقصود. من ذلك:

١/أ- هبة الثواب عند الأحناف فإنها تنعقد هبة ابتداء ثم تنقلب إلى بيع انتهاء. جاء في المبسوط: ".. وهذا مذهبنا فإن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء ..."[1].

وفي بدائع الصنائع: ".. وهذا بناء على أصل وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ..." [2].

١/ب- عقد الاستصناع فإنه ينعقد عند الأحناف إجارة ابتداء ثم ينقلب إلى بيع انتهاء. قال في المحيط البرهاني: "نقول ينعقد إجارة ابتداء ويصير بيعاً انتهاء"[3].

وفي الفتاوى الهندية: " .. وكذا في الكافي الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء ويصير بيعاً قبل التسليم بساعة هو الصحيح وكذا في جواهر الاخلاطي"(٤). "لأن بين الإجارة والبيع تنافٍ فجوزناها إجارة ابتداء لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداء وجعلناها بيعاً قبل التسليم .. كما فعلنا في الهبة بشرط العوض اعتبرناها هبة في الابتداء حملاً باللفظ وبيعاً انتهاء عملاً بالمعنى ..." فإنها تنعقد إجارة ابتداء وتنقلب بيعاً انتهاء"(٥).

١/ج- اللقطة عند الحنابلة ولاية ابتداء وتمليك انتهاء. قال في الإقناع: "لأن اللقطة أمانة وولاية ابتداء وتمليك انتهاء"(٦).

١/د- وعند المالكية في التولية عند نقد الثمن يكون سلف ابتداء وبيع انتهاء. قال في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: في اجتماع البيع والسلف إذا قال للمولي أوقع الثمن، "وأما في التولية فلأن البائع الأول قد يشترط النقد على المشتري وقد لا يكون معه

---

1 - المبسوط ج١٤ ص ٣٧٣.
2 - بدائع الصنائع ج١٠ ص٢٨.
3 - المحيط البرهاني ج٧ ص ٢٩٨.
4 - الفتاوى الهندية ج٢٢ ص٤٢٨.
5 - المحيط البرهاني ج٧ ص٢٩٩.
6 - الإقناع ج٢ ص٣٦.

نقد فإذا اشترط المشتري ذلك على من ولاه ان ينعقد الثمن عنه ثم ولاه بعد ذلك كان ذلك سلف ابتداء من حيث شرط النقد وبيعاً انتهاء من حيث أخذ المبيع في نظير الثمن ..."(١).

١/هـ- وعدَّ الأحناف القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء. قال في رد المحتار: "وبيانه ان الاستقراض تبرع ابتداء فكان في معنى التكدي"(٢).

١/و- وقالوا أيضاً بشأن القرض هو عارية ابتداء معاوضة انتهاء. قال في رد المحتار: "فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء"(٣).

١/ز- الكفالة عند الأحناف نذر في الابتداء بيع في الانتهاء. قال في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: "ولأن الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث إن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهة البيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط أصلاً وباعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ..." (٤).

(٣) فإذا قيل ان الصكوك يجب ان تطبق عليها أحكام الديون لأنها ستنقلب إلى ذلك، كان الرد على ذلك ان العقود تأخذ أحكام حالها في كل مرحلة، يشهد بذلك:

٢/١١- تتغير أحكام العقد بحسب الصفة التي هو عليها:

١- فإذا كان للعقد وصف في الابتداء ينقلب بعده إلى وصف آخر في الانتهاء أخذ أحكام الوصف الأول في الابتداء وأحكام الوصف الثاني في الانتهاء ويستمر خاضعاً لأحكام الابتداء حتى ينقلب إلى الانتهاء.

فقولهم الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء يعني عليها أحكام الهبة في الابتداء ثم أحكام البيع في الانتهاء. قال في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: "قال رحمه اللّه والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع، بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة"(٥).

وقال في البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ("قوله والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين وتبطل في الشيوع، بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة" لاشتمالها على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبيهين)(٦).

---

1 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبيرج١٢ ص١٧٢.
2 - رد المحتار ١٣٨/١٧.
3 - رد المحتار ج٢٢ ص٢٩٦.
4 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج١١ ص٤٣٧.
5 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج١٤ ص٣٢٣.
6 - البحر الرائق على شرح كنز الدقائق، ج٢٠ ص١٤١.

وقال في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: "ولنا ان القرض إعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي .. ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالإعارة وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ..."(١).

وقال في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: "لأن للاستصناع شبهاً بالإجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهة البيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل ينعقد إجارة ابتداءً وبيعاً انتهاء قبل التسليم لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة"(٢).

ثم قال في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: "الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر لأن الصانع يلزمه الضرر ... فاعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فاعتباره يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى ما لم يرى"(٣)، يعني انه أمضى أحكام الإجارة ابتداء والبيع انتهاء.

٢- يمكن أن يكون الوصف في ابتداء العقد متضاد مع الوصف في انتهاءه دون ان يؤثر ذلك على مشروعيته. قال في المحيط البرهاني: "لأن بين الإجارة والبيع تنافٍ فجوزناها إجارة ابتداء لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداء وجعلناها بيعاً قبل التسليم .. كما فعلنا في الهبة بشرط العوض اعتبرناها هبة في الابتداء حملاً باللفظ وبيعاً انتهاء عملا بالمعنى. ..." فإنها تنعقد إجارة ابتداء وتنقلب بيعاً انتهاء"(٤).

١٢- الصكوك تبدأ بصفة ثم تنقلب إلى صفة أخرى:

وقع تصميم الصكوك بحيث تبدأ العلاقة بين المصدر وحامل الصك شركة (كما في صكوك المشاركة) أو بيعاً يترتب عليه انتقال ملكية أصل إلى حملة الصكوك (كما في صكوك الإجارة) وتستمر كذلك حتى نهاية مدتها أو وقع حدث متفق عليه حيث تنتهي بان تصير ديناً في ذمة المصدر. ولتوضيح ذلك نأخذ على سبيل المثال صكوك الإجارة وهي أكثر أنواع الصكوك انتشاراً.

صكوك الإجارة تبدأ بعقد بيع يشتري بموجبه حملة الصكوك أصلاً مولداً للمنافع يجري تأجيره بعد ذلك (لمن باعه في غالب الأحوال) والحصول على الأجرة الشهرية أو

1 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج١١ ص١٢٩.
2 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج١١ ص٣١٩.
3 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج١١ ص٣١٩.
4 - المحيط البرهاني ج٧ ص٢٩٩.

السنوية التي تمثل الريع لحملة الصكوك. ويستمر ذلك طوال عمر الصكوك، لكنه ينتهي بان يصبح ديناً في ذمة المصدر وذلك لأن الأخير قد وعد بشراء ذلك الأصل بثمن يساوي رأس مال الصكوك سواء كان الانتهاء بكمال المدة أم قبل ذلك. إذن إصدار الصكوك معاملة تتضمن انقلاب العقد من صفة إلى صفة بسبب هذا الوعد الملزم.

والصكوك تأخذ في ابتدائها حكم الشركة أو حكم البيع والإجارة ويبقى كذلك حتى ينقلب إلى دين عندئذٍ يأخذ أحكام الديون وفي هذه المرحلة يتوقف تداول الصكوك.

١٣- كيف تحصل عملية انقلاب الصكوك من صفة تعاقدية إلى أخرى:

كما هو الحال في عقد الاستصناع حيث يبدأ – في النظر الحنفي – إجارة وتطبق عليه أحكام الإجارة، يستمر كذلك حتى ينتهي الصانع من صناعته فيسلم الصانع المصنوع إلى المستصنع فهو ينقلب عندئذٍ إلى بيع وتطبق عليه أحكام البيع وشرائط صحته.

وكذلك الصكوك فإنها تبدأ معتمدة على البيع والشركة والإجارة ثم في مرحلة معينة تنقلب إلى ديون. وهذا الانقلاب يحصل عن طريق تضمين اتفاقية إصدار الصكوك شروطاً تنتهي بها إلى ذلك منها:

١٤- ضمان الطرف الثالث لرأس المال أو له وللربح:

إذا قامت عملية الاستثمار على أساس المداينة مثل ان يبيعه عقاراً بالأجل فالثمن متعلق بذمته وهو مضمون عليه ولا بأس من توثيق الدين بالضمانات الشخصية والرهن ونحو ذلك. أما إذا اعتمد الاستثمار على عقد الوكالة بحيث يسلم رأسماله إلى مدير يستثمره مقابل أجر أو على أساس تعد المضاربة (القراض) حيث يديرها مقابل نسبة من الربح عندئذٍ تكون يده في الحالتين على المال يد أمانة فلا يضمن. وجلي ان هذا يترتب عليه مخاطر إضافية فهل يجوز لطرف ثالث ان يتبرع بالضمان فيتحقق غرض المستثمر.

الضمان بمعنى الكفالة أي ضم ذمة إلى ذمة بمعنى ان يلتزم لطرف ثالث بما يلزم على المضمون من الأمور الجائزة بل هو عمل يثاب فاعله إذا قام به احتساباً لان فيه سداً لحاجة المضمون، وكذلك الضمان بمعنى التزام ما لا يلزم على المضمون، مثل المضارب فإن ضمان رأس المال ليس لازماً عليه بل لا يجوز له إلا في حال التعدي والتفريط فإذا جاء طرف ثالث فضمن رأس مال المضاربة رب المال متبرعاً بذلك إذ ليس طرفاً في العقد المبرم بين الطرفين فهذا جائز وقد صدر به قرار من المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن صكوك المقارضة وجاء فيه: *"ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى ان قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب*

أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم ليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة ان هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد".

ولكن هل هناك صيغة تطبيقية لهذا القرار؟ ان المتأمل في هذا القرار يجد انه اشترط لصحة ضمان الفريق الثالث عدة شروط هي:

(أ) ان يكون الضامن مستقلاً في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، والاستقلال المذكور لا يقتصر على الاستقلال "القانوني" بحيث يكون كل طرف شخصية اعتبارية مستقلة في ظل القانون بل يلزم ان يتحقق الاستقلال المالي فلا يكون الضامن مملوكاً للمضمون (المضارب) لأن هذا يئول إلى ضمان رأس مال المضاربة وهو ممنوع، فهل يتصور حقاً ان يتبرع شخص أو جهة يتحقق فيها معنى الاستقلال المذكور بالضمان مع ما فيه من مخاطر وكلفه؟ إذا وقع ذلك كان ضمانها لا غرض منه إلا لمساعدة هذا المستثمر وهذا لعمري غير متصور.

(ب) كما اشترط قرار المجمع ان يكون الضمان مجانياً وهل يتصور مثل هذا في عالم الاقتصاد والتجارة. ومن أقدم على مثل هذا الضمان المجاني فهو مظنة الاستفادة منه فلا يكون متبرعاً حقيقة.

(ج) والشرط الثالث هو استقلال الضمان عن العقد الذي ينظم عملية الاستثمار كعقد المضاربة مثلاً ويقصد بالاستقلال ان لا ينفسخ عقد المضاربة لو ان الضامن اخفق في الوفاء بالتزامات الضمان أو رجع عنه. ثم أكد القرار ذلك بالقول: "... ليس لحملة الصكوك .... الرفع ببطلان المضاربة .... بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به" بمعنى آخر ان يكون سيان لدى المستثمر ان يوجد هذا الضمان أو لا يوجد. وكل ذلك غير متصور.

ولا يخفى ان هذه الشروط لا تتوفر في المعاملات المالية التي يكون غرضها الربح. ولا غرو فان القرار المذكور للمجمع لم يجر تطبيقه – بقدر ما نعلم – مع الالتزام بشروطه الصارمة. ولا يخفى أن القرار المذكور كان في سياق التمهيد لتطوير ممتلكات الأوقاف في المملكة الأردنية الهاشمية، والضمان تقدمه الحكومة للمستثمرين باعتبارها طرفاً.

١/١٤- صيغة تطبيقية قريبة إلى ما ورد في قرار المجمع

قامت إحدى الشركات بإصدار صكوك تمثل ملكية سيارات مؤجرة، وتمثل الأجرة المحصلة من المستأجرين الدخل الدوري لحملة الصكوك وفي نهاية عقود الإجارة يقوم المستأجرون بإرجاع السيارات فتباع تلك السيارات ويدفع ثمنها لحملة الصكوك ويمثل العنصر الأخير من هيكل الإصدار مخاطرة بالنسبة لحملة الصكوك بسبب احتمال تدهور قيمة

السيارات في نهاية المدة لذلك اتفق المصدر مع احد البنوك بحيث يضمن ذلك البنك قيمة معينة للسيارات في نهاية المدة، وهو ضمان صادر من ذلك البنك مقابل أجرة وجلي ان هذا ليس على سبيل الكفالة وإنما هو التزام بأجر من قبل البنك ان يسدد لحملة الصكوك الفرق بين المبلغ المتوقع كثمن للسيارات وما يتحقق فعلاً من البيع.